



TITLE:

金代刑法考(下): 金泰和律と唐律との比較

AUTHOR(S):

仁井田, 陞

CITATION:

仁井田, 陞. 金代刑法考(下): 金泰和律と唐律との比較. 東洋史研究 1944, 9(2): 86-125

ISSUE DATE:

1944-10-25

URL:

<https://doi.org/10.14989/138867>

RIGHT:

金代刑法考(下)

——金泰和律と唐律との比較——

仁井田 陞

第一章 序 説——本文の梗概と縁起

第二章 泰和律前の刑法——女真固有の刑法との關係

第三章 泰和律の制定公布(以上前號)

第四章 泰和律の通則的規定と唐律

第一節 刑法の淵源——罰刑法定主義

第二節 犯罪の成立

第三節 犯罪の態様

第四節 殊惡の犯罪

第五節 刑罰の種類

第六節 刑罰の減免

第七節 法律の適用

第五章 泰和律の特質

第四章 泰和律の通則的規定と唐律

第一節 刑法の淵源——罰刑法定主義

金律に於いても如何なる行爲が犯罪であり、それに對して如何なる刑罰を科するか、犯罪と刑罰との關係を通則的に明らかにした條文はあつた筈である。即ち金律に罪刑法定主義の原則が認められ、それが通則として規定されてゐたことは晉唐律、宋刑統、慶元條法事類、明清律と變りがなかつたと思はれる①。尤も刑統賦解及び元典章には、それに關する直接の金律逸文は見當らないが、金律が成るより早く、金の大定九年に於いて早くも裁

判官の擅斷を控制する爲に「自今、制無正條者、皆以律文爲準」といふ罪刑法定主義が闡明せられてゐた②。その律文とは唐律ではあるが、兎にかく制と律によつて刑と罰とが一般に明示されてゐたのであり、この様な原則が、金泰和律にも規定されてゐたと想像することは、さして困難ではなからう。實際、金律でも唐律と同様、衛禁律以下各則の規定に於いて、犯罪と刑罰とが均衡のとれる様に詳定されてゐるのであり、之と同時に裁判官がこの科刑の規準を無視して擅に刑の加減を行ふときは、加減に相應する刑を、却つて逆に裁判官が科せられることになつてゐたのである③。加之、律の内面的論理の發展として當然許さるべき類推解釋、即ち比附の規定——それは一見罪刑法定主義と矛盾する様に見えるが——を、唐律等と同様、金律にも見るのであつて、このことは罪刑法定主義に關する原則の規定が金律にもあつたとする私見を益々有力化するものとなる。蓋し、同規定は「成文法の適用によつて裁判すべし」となす原則を前提として成り立つ條文であるからである。即ち金律でも唐律等と同じく「凡そ罪を斷するに正條（を以てすべきが原則であるが、その）ないときは」他の明文の存する場合に比照するのである。つまり、(一)に「其の罪を出づべきときは重きを舉げて輕きを明らかにし」、(二)に「其の罪に入るべきときは其の輕きを舉げて重きを明らかにする」のである。刑統賦解④に見る(一)の例では、父の亡後改嫁せる母の戸を盗んだ場合に就ては、律に直接適用すべき明文はないが、佛像天尊を盗んだ場合に徒三年とする賊盜律があるから、同律を類推準用すべきである。尤もその場合の科刑は、徒三年を超えることはなく、それよりは減輕をすべきであるが、刑事責任は兎に角免れざる所であるとする。それは類推による律文の準用である。又、同じく(二)の例では、奴婢が放火してその主人を燒くことに關しては律に規定がないが、鬪訟律に奴婢がその主人を鬪るときにすら絞に處するといふ明文がある位であるから、鬪るより重い放火して燒く場合に

至つては勿論死刑になることは疑ひないとする。これまた類推による準用である④⑥。唐律には裁判は法文の適用によつてなすべしとする原則はありながら、罪となるべき具體的事實が法律に規定されてはゐない場合でも、道理上許されざる行爲に就ては處罰するものとした。雜律の不應爲律、即ちこれである。然しそれはあくまで補充的であり、科刑も笞四十乃至杖八十であつた。これは一應、擅斷主義的であるが、機械的な法律のみの適用は、時に却つて犯罪の個人の違法な侵害に對して國家社會を防衛すること能はざるものとなるのであつて、この種の補充的規定の活用は——その善用される限りに於いては——社會と個人との調和點を見出さんとする立場から見て首肯されるであらう。支那の罪刑法定主義は、歐洲のその様に個人主義的基礎の上に立つものではない。金律の立場も唐律と同じであつた。金律に於いても、不應爲律が設けられてゐた。たとへば、刑統賦解に金賊盜律を引いていふ——「盜詐枉法の贓物たることを知りつゝ買つた者は杖一百、又、これを知りつゝ藏するときは杖九十に處すべし」とすることは、賊盜律に明文がある（唐賊盜律では知略和誘強竊盜條參照）。然し他の場合の贓物に就ては規定がないが、その場合の故買、故藏は、不應爲律によつて刑を科する⑦といふのである。そしてこの不應爲律も、亦刑罰法定主義の原則的規定と相表裏するものであつて、前者が現に金律に存することは後者も亦金律にもあつたことの徵證となるのである。

① 拙文「唐律に於ける通則的規定の來源」（昭和二五年七月東方學報東京第二十冊之二の二一九頁以下）。

② 拙文「元代刑法考」（昭和一六年四月蒙古學報第二號五六頁）。金史卷四十五刑志。前章第二章註⑩參照。

③ 刑統賦解卷上「按名例云、凡有犯罪之者、各有輕重杖數、官司止依所犯科之、不得加刑、若有加之、以所刺論罪、假有犯罪合笞五十、官司決杖八十、官司該三十剩罪也」刑統賦解卷上「按名例云、從笞杖入徒流從徒流入死刑、各以全罪論之、

假有一作犯罪合笞五十或杖八十、官司斷作徒一年徒三年或徒四年流三千里、官司斷作死刑、其所判官吏俱合該本一作罪

也」。

- ④ 刑統賦解卷下「按名例云、若斷罪而無正條、其應出罪者、則舉重以明輕、假有父亡母卻適人身死、合葬後家、其前子盜母尸靈、事發到官、例無正條、可比附盜賊律、諸盜佛像天尊崇敬者徒三年、佛像天尊然同僧道父母見於別箇寺觀、不合盜而崇奉、然是親母既已改嫁與人、與前夫義絕、不合盜於伊墳葬埋、與盜佛像天尊情由頗同、合比附量情減之科罪、其應入罪者、則舉輕以明重、假有奴婢放火燒主罪無正條、可比附鬪訟律、若有奴婢詈主者絞、其有放火燒主者重於詈也、亦合處死」。
- ⑤ 唐律宋刑統名例律に見る類推解釋例は「一」夜故なく人家に入る者を主人が即座に殺すもその罪を論ずることではない、まして——直接の規定はないが——傷害は罪を論ぜず。「二」總麻以上の財物を盗んだときは凡盜の罪より輕減する、まして——規定はないが——詐欺、坐贓の類に於いてをや。「三」期親尊長の謀殺は斬、既に殺し又は傷けたときの規定はないが、謀つて斬ならそれは勿論斬。「四」大功尊長小功尊屬を毆告したときは蔭を以て論ずるを得ない、期親尊長に就ての規定はないといへ、その蔭を以て論ずるを得ないのは勿論とする。「一」「二」は重きを舉げて輕きを明らかにした例、「三」「四」は反對に輕きを舉げて重きを明らかにした例である。
- ⑥ かの清律の比引律條には、律を按じ正條なきときは則ち比引して科斷す、今數條を略舉して後に開列す、餘は例推すべしとて三十例を掲ぐ。その數例を舉げれば、「一」猪羊の肉に水を灌ぎ米麥などに沙土を交へて賣るときは、客商が官鹽に沙土を交へて賣る律に比依して杖八十に處する。「二」男女定婚後、過門前、私下に通姦するときは、子孫教令違反の律に比して杖一百。「三」奴婢が家長を誹謗するは家長を罵るの律に比依して絞。「四」京城門の鎖鑰を遺失するは、印信を遺失するの律に比依して杖九十徒二年半。「五」奴婢が火を放つて主の房屋を燒くのは、奴婢が家長を罵るの律に比依して絞す。これらはいづれも無理のない類推解釋である。而して前記の内の「五」は刑統賦解に見る所に同じ。その類推事項の由來の久しいことが知られる。
- ⑦ 刑統賦解卷下「按賦盜律云、若買人盜詐枉法贓者杖一百、知而故藏者杖九十、其餘之贓知而故買、及藏者律無別例從不應爲科罪、流以上從重徒以下從輕也」

第二節 犯罪の成立

金律に於ける犯罪成立乃至刑事責任に關する規定は、殆ど唐律宋刑統の如きを雛型として制定されたものでありと考へられる。以下その點を列記して見る。

イ 年齢健康による責任能力 金の名例律は唐律と同じく（一）年齢九十歳以上、七歳以下は絶対無能力であつて科刑を行はない。但し金律でも、緣坐刑は別問題としたであらう。（二）年齢七十歳以上十五歳以下及び癡疾にして流罪以下を犯したときは、唐金律共に贖を納めしめ、（三）八十歳以上十歳以下及び篤疾の場合は、殺人罪——唐律では叛逆罪及び殺人罪としてゐるが、刑統賦解所引の金律には「叛逆」の文字がない——を犯せるときも、上請して罪を定め、盜及び傷害罪の場合には贖を納めしめるに止まる①。要するに、（二）と（三）とは限定責任能力に關する場合である。そして唐律では、裁判又は刑の執行のとき老疾であるならば、行爲のときに老疾でなくても老疾によつて論じ、幼少のときの行爲に就ては、生長の後にも幼少を以て論ずるが、金律の逸文で知られる範圍でも、唐律と同様に老疾の法のあつたことを知ることができる②。

ロ 故意過失 唐律に於いて、故意過失は法律概念として明瞭に用ひられてゐるが、金律にあつても、亦是れは同じである。唐金律共に同じく、たとへば、殺人罪の内にあつても殺心ある故殺と、殺心なき鬪殺、鬪毆殺人——（傷害致死）と過失殺とを區別してゐる③。但し同じく鬪爭による場合でも、刃を使用するとき及び鬪爭後再鬪によるときは、之によつて殺心を推定し、故殺の内に入れるものとする。過失殺は贖銅を以て論ずるのであつて、過失とは、金律の場合でも唐律に於けると同様に「耳目の聞かざる所、思慮の到らざる所、たとへば禽獸

を撃たんとして人を殺すの類」と説かれてゐる。唐名例律には、錯誤に關する規定として、「其の本重かるべくして犯す時知らざるときは凡に依りて論ず。本輕かるべきときは本に従ふを聽す」といふ條文がある。疏文の設例——姪が一般の人と思つて殴つた所が實はそれは叔父であつた——によれば、本條は所謂客體の錯誤の場合である。金名例律にあつても、條文並にその設例はこれに同じである④。又、唐鬪訟律には「諸鬪毆して傍人を誤殺傷したときは、鬪殺傷を以て論ず。死に至るときは一等を減ず」とて、錯誤の内でも誤殺傷即ち刑法學者の所謂方法の錯誤（打撃の齟齬）の場合の條文がある。これに就ては金律にも規定があつたのであつて、刑統賦解では七殺の内の一に誤殺を挙げ、これに就て「甲を撃たんとして誤つて乙にて（乙を殺傷し）た場合、鬪殺傷の一等を減ず」と説明を附してゐる⑤。唐律疏議によると誤殺傷を鬪殺傷を以て論じ、過失に従はざる所以はそのもと「害心」あるを以てであるといふ。錯誤と過失との區別は明瞭に認識されてゐる。但し金鬪訟律によると、祖父母父母期親尊長を誤殺した場合にあつては、特に過失殺の法に従ふことゝなつてゐる⑥。

ハ 緣坐と連坐　かく論じ來れば、刑事責任は行爲者の一身以外の他人に及ぶことはない筈であつたが、金律でも唐律と同く特別の犯罪に就てだけは、行爲者や或種の身分關係ある者に對し、刑事上の連帶責任を負はしめた。その第一は緣坐であつて、謀反大逆等特別の重い罪を犯せる者の父子祖孫妻妾兄弟伯姪等は、科刑の免れざる所であつた。尤も唐律では行爲者と同じの刑を科せられでことはなく、謀反大逆の場合に就ていふと、行爲者は斬（最も重い生命刑）、その父及び十六歳以上の男子は一段低い絞（その重い程度は斬に次ぐ）、男子十五以下及び母や女子や妻妾、子の妻妾、祖孫兄弟等は、沒官して奴婢とし（身分刑）、伯姪は流三千里（自由刑の一種）に處する。そして子であつても、出養入道だけは、緣坐の範圍から除かれる。なほ緣坐者が官吏であるな

らば、並に「除名」即ちその官吏たるの身分は奪はれる（身分刑）。この點は金律にあつても大體踏襲されてゐたものと思ふ⑦。行爲者以外の他人が連帶的に刑事上の責任を負ふ場合の第二は、唐律でも金律でも、官吏の犯した公罪に關して、同職の官吏に對しても刑を科する連坐即ちこれである。そしてこの場合、一人の官吏の犯した私曲に就ては、情を知らざる他の同職官吏は過失を以て論ぜられる⑧。

ニ 反坐 同害刑(Talis)の一つの適用としての反坐刑は、歷代支那法の傳統的刑罰であつた⑨。唐律では名例・鬪訟等の律に見えてゐる様に、人を誣告した者は相手方が加へらるべかりし刑罰を、その身に反つて引き受けねばならぬ。但し死刑は斬に至ることなくして絞に止まるとする。そしてこの點は金律⑩にあつても同様であつた。

ホ 結果犯(結果的加重犯) 唐律では、或る種の犯罪に就ては、その更に重い一定の結果が発生した場合に、その刑を加重する規定を置いてゐる。傷害致死等これである。そしてこの點に關しても亦金律は同様である。強盜致死傷罪の場合では、強盜人を傷けたときは絞、人を殺したときは斬であり⑪、夫が妻妾を毆傷しても凡人毆傷の場合より刑は輕減せられるが、その毆殺せるときは凡人を殺せると同じく取扱はれる⑫⑬。又、笞杖の制は法定せられてゐるに拘らず、法定の笞杖を用ひずして決罰せるときは笞三十、その決罰によつて受刑者を死に致せるときは徒一年に處する⑭。

ヘ 行爲の發展段階と責任の差別 唐律でも實害の有無やその程度に重きを置かれ、それが科刑の標準になつてゐた。然し唐律は必ずしも實害のみに重きを置いたものではなかつた。即ち或場合には行爲の未完成形式をも犯罪構成要件とした。それは金律でも同様であつた。まづ未完成形式の第一は豫備陰謀であつて、謀反、謀殺

人（乃至謀殺夫）等といはれる様に反逆罪殺人罪の様な重い罪に就ては、その未完成形式の豫備陰謀も可罰的とされる。謀は二人以上の通謀をいふが^⑩、一人の單獨計畫の場合もこれに含むものとする。未完成形式の第二は未遂である。所謂實行の着手なき點に於いて豫備陰謀は未遂と區別せられるが、支那法ではこの兩者概念の分解も古くから遂げられてゐた。唐律に於けると同様、金律に於いても「人を（一）殺さんと謀りたるときは徒三年、（二）已に傷けたるときは絞、（三）已に殺したるときは斬」であつた^⑪。（一）は前記の如く豫備陰謀、（二）は結果の點に於いて未遂、（三）は既遂である^⑫。而して（一）から（二）、（二）から（三）と犯罪行爲の發展段階に於いて責任の差別がつけられてゐる。尤もとりわけ重大な犯罪に就ては、單に行爲發展段階の初期——着手前に就て最も重い刑を科することゝしてゐるが爲に、彼の行爲の段階に就て特に規定するを要しない場合があつた。たとへば、金律に於いても「夫を殺さんと謀るときは皆斬」^⑬であつた。況や已に傷け（未遂）或は已に殺した（既遂）ものが斬であることは、直接の明文がなくても律文の内面的論理の發展として當然のことである。而してこの種の類推解釋であるならば、律によつて許容されてゐたことは、既述の如くである。（刑法の淵源参照）。未遂をも罰するのは前記殺人等の外には、強姦、關を越える罪等があつた^⑭。なほ金律でも呪詛も、亦可罰的行爲であつた^⑮。呪詛もその結果發生の可能が信じられてゐたのみならず、父母を呪詛して疾病ならしめた場合の如きは、父母謀殺の罪として十惡の内の惡逆に之を數へるのである。

ト 不作爲犯 金代でも孝を基本的道德秩序とし、刑法によつてそれを保護せんとしたに相違なく、金律にあつても、子孫にして父母の教令に違反し供養十分ならざる不作爲を以て、可罰的行爲としたことは、唐律と同様であつたらう。但し金律逸文に於いて、不作爲犯の明瞭な場合の一つは、強盜のあつたとき、官司や鄰人等が

それを知つて救助せざる不作爲であつて、救助せざるものは徒一年に處するものとなつてゐる^{②①}。これは刑統賦解所引の金律では、賊盜律の規定となつてゐるが、唐律では、ほゞ同様な律文が捕亡律に見えてゐる。金律逸文に見る不作爲の第二は、官吏が犯罪者の鞫問を怠る罪である^{②②}。

チ 緊急行爲 唐律には緊急行爲に關する通則ではないが、種々の場合に緊急處置に關する規定が置いてある。その一つは廐庫律であつて、他人の家畜から受ける目前の危難（抵觸）から自己の生命身體を防衛する爲、卽坐にその家畜を殺傷した場合には罰せず、又賠償の責に任じない。そしてこれと同種の規定は金の廐庫律にも規定されてゐた^{②③}。

① 刑統賦解卷下「按名例云、周禮三赦之法、一曰幼、二曰耄、三曰悼、愛小養老之道也、諸年七十以上十五以下、及廢疾、犯流罪以下收贖、八十以上十五以下、及篤疾、犯流罪以下收贖、八十以上十歲以下、及篤疾、犯殺人應死者上請、盜及傷人者亦收贖、餘皆勿論、其無目之人、若妄記術推人命分涉於反亂者、雖有篤疾、不在勿論之例、九十以上七歲以下、雖有死罪不加刑、九十曰耄、七歲曰悼皆少智力、律許哀矜、故不加刑、卽有教令者、坐在教令之人」元典章卷四十二刑部四因姦殺人（因姦殺人偶獲生免）「舊例、年八十以上及篤疾、犯反逆殺人應死者上請、盜及傷人者亦收贖、餘皆勿論」そして其の他に就ては罪を論じない。但し金律では篤疾であつても單に無目の人が反亂罪を犯せるときはこの限りではないとする。

② 元典章卷四十二刑部四因姦殺人（因姦殺人偶獲生免）「舊例、犯罪時雖未老疾、而事發時老疾、依老疾論」

③ 刑統賦解卷下「按名例云、二人已上謂謀、三人已上爲衆、造意者爲首、隨從者減一等、賊盜律云、謀殺人者徒三年、殺人爲首者斬、從而加功者絞、不加功者徒五年、其故殺條內、無從坐之罪、若故殺有首從者、並依謀殺之例科罪、七殺一曰謀殺、謂潛形謀計、二曰鬪殺、謂相爭鬪、三曰故殺、謂挾讎而殺、或因鬪毆刀於要害處殺者同、或因鬪毆各散聲不相接、而再來毆亦同故殺、四曰誤殺、謂因擊甲、而誤中於乙、減鬪殺傷一等、五曰戲殺、謂以共戲減鬪殺傷二等、六曰劫殺、諸劫囚者徒五年、傷人及劫死囚者絞、殺人者斬、七曰過失殺收贖、謂耳目所不聞、思慮所不到、或擊禽獸、以致殺人者、當以

收贖也」元典章卷四十二刑部過失殺（車碾死人）「舊例、於城內街上及人衆中、無故走車馬者笞五十、以故殺傷人者、減開殺傷一等、若有公私速要者不坐、以故殺傷人者、以過失論減二等、其驚駭不可禁止、而殺傷者又減二等、若便（便字、董氏本作使、今據元典章校補）依准因車馬驚駭殺人、減過失四等、合徒二年半聽贖」

- ④ 刑統賦解卷下「按名例云、叔姪自小相離在外、各不相識、姪毆叔傷到官推問、始知是叔、不同毆親之法、止依凡鬪科論、本應輕者應輕者從本也」

- ⑤ 刑統賦解卷下（註③參照）。

- ⑥ 刑統賦解卷下「按鬪訟律云、諸與凡人相爭其祖父母父母或期親尊長、向前解勸、其行兇人、誤推僵卧致死、若從毆親、當棄於市、是爲惡逆之罪、本犯是誤科之以過失不從放贖、眞役徒五年也」本條は唐律では、鬪毆誤殺傷人條の問答に相當する。

- ⑦ 刑統賦解卷下「按名例云、稱子者男女同、若違犯父母則同科罪、緣坐者、女子不同、若有出養入道者、並不緣坐也、謂殺一家三人斬夫之外緣坐及妻子流二千里、女輩卻得免流也」刑統賦解卷下「按名例云、諸犯十惡及反逆緣坐者除名、若遇赦亦合除名、若於監臨內、姦盜略人受財而枉法者除名、若遇赦亦合除名、十惡者、一曰謀反、二曰謀大逆、三曰謀叛、四曰惡逆、五曰不道、六曰大不恭、七曰不孝、八曰不睦、九曰不義、十曰內亂」緣坐の事例として金史卷八十五永中傳「興定二年、亳州譙縣人孫學究私造妖言云、愛王終當奮發今匿跡民間、自號劉二衛眞、百姓王深等、皆信以爲誠、然有劉二者出而當之、遣歐榮輩結構逆黨、市兵仗大署旗旗、謀僭立事覺、誅死者五十二人、緣坐者六十餘人、永中子孫禁錮、自明昌至于正大末幾四十年、天興初詔、弛禁錮、未幾南京亦不守云」を擧げて置く。妖言の罪は賊盜律に基く所であらう。禁錮の意味に就ては第二章第二節註②③參照。

- ⑧ 刑統賦解卷下「按名例云、連職官犯公坐者、以四等官爲法、長官爲一等、通判爲一等、判官一等、主典爲一等、各以所由爲首、若連判官內、有挾私曲者、餘官不知挾私、以失論、挾私之官、既於公坐斷訖、然是科罪、亦同公坐論之、若犯公坐、五品以上官一官徒三年、九品以上官一官徒二年、若犯私罪、五品以上官一官徒二年、九品以上官一官徒一年、罪輕不盡其官留官收贖、官少不盡其罪、餘罪收贖也」。

- ⑨ タリオと關聯する反映刑（S. jingelnde Strafen）に就ては、古くは尙書大傳に見る官刑や贖刑に對する解釋、韓非子等に

見出され、後世では朱子語類にもあらはれてゐるが、拙文「支那に於ける刑罰體系の變遷」昭和十四年五月法學協會雜誌第五七卷五號四五頁以下、それは元史八思巴傳にも見える（拙文「元代刑法考」昭和十六年四月蒙古學報第二冊七二頁）、その他、漢書卷二十三刑法志「其誹謗詛者文先斷舌」遼史卷六十一刑法志上の「誹謗犯上者、以熟鐵錐瘡其口殺之」及び「穆宗應曆十二年、國舅帳郎君蕭延之奴海里、疆陵地刺禿里年未及之女、以法無文、加之宮刑、仍付禿里以爲奴、因著爲令」もこれに屬する。

⑩ 元典章卷四十五刑部七指姦（男婦執謀姦姦）「舊例、誣告人者各反坐、至死而應合決者減一等」。

⑪ 刑統賦解卷下「按賊盜律云、強盜、一貫徒三年、十貫及傷人者絞、殺人者斬、竊盜、一貫杖六十、二貫加一等、十貫徒一年、二十貫加一等、一百貫徒五年、其持杖者加二等、按職制律云、枉法贓、一貫杖一百、五貫加一等、八十貫絞、不枉法、一貫杖九十、十貫加一等、一百五十貫徒五年、受所監臨贓、一貫笞四十、五貫加一等、二百五十貫罪止徒四年、按雜律云、坐贓一貫笞二十、五貫加一等、五十貫徒一年、罪止徒三年、俱從一貫累至罪止也」。

⑫ 元典章卷四十二刑部四殺親屬（打死妻）「舊例、毆傷妻者減凡人二等、死者以凡人論、即先不安諧、因有罪而毆死者徒四年」なほ夫が理によつて妻を毆れるにたまゝ死せるときは無罪。

元典章卷四十二刑部四因姦殺人（打死犯姦妾）「舊例、毆傷妾者減凡人二等、死者以凡人論、若有罪而毆邂逅致死者不坐、毆妾折傷以上、各減妻罪二等、爲妻有罪、而夫依理毆之、不期而死者無罪」。

⑬ 解放奴隸を舊主人が毆打して死に致せるときの規定であるが、元典章に金律遺文を引いて次の如く見ゆ。

元典章卷四十二刑部四殺奴婢娼佃（殺放良奴）「舊例、主毆放良奴婢、因傷致死減凡人四等、合徒二年半」

⑭ 事林廣記壬集卷一中統五年八月の諸杖大小則例に附せられた舊例に云「決罰不如法者笞三十、以故致死者徒一年、即杖處細長短依法者、罪各如之」この舊例は金斷獄律であらう。金史卷百二十九酷吏傳（高閻山傳）「是日特用大杖、杖死部民楊仙、坐削一官解職、……貞祐二年城破死之」は、決罰法に依らずして部民を死に致し解職された酷吏の例。

⑮ 刑統賦解卷下（註③所引名例律參照）。

⑯ 元典章卷四十一刑部三惡逆（驅奴砍傷本使）「舊例、謀殺人已傷者絞」元典章卷四十二刑部四謀殺（因姦同謀打死本夫）

「舊例、謀殺人已殺者斬」元典章卷四十二刑部四因姦殺人（打死定婚夫還活）「舊例、謀殺人已傷者絞」元典章卷四十二刑部四因姦殺人（因姦殺人偶獲生免）「舊例、謀殺人徒三年、已傷者絞」

①⑦ 刑統賦解卷下「按賊盜律云、器物之屬、須離當處、闌圍之屬、須移徙爲盜、其盜磚瓦木植之類、非人力所運、雖已成猶爲未成、不得便同盜法科罪也」盜の客體の種類によつて、成未成の區別もある。磚瓦木植の様に重く運びにくいものは本來の場所を移しても未だ駄載しない間は未成とする。

①⑤ 元典章卷四十二刑部四謀殺（因姦謀殺本夫）「舊例、謀殺夫者皆斬、各合處死」元典章卷四十二刑部四謀殺（因姦同謀勒死本夫）「舊例、妻謀殺夫者皆斬、造意者雖不行仍爲首」元典章卷四十二刑部四謀殺（因姦同謀打死本夫）「舊例、妻妾殺夫者、斷罪無首從」

①⑨ 刑統賦解卷上「按衛禁律云、度關有三等、私度越度冒度、私度者經由本關私自而過、冒度者將別人文引而過、越度者不經由本關於別處越度而過、若私度冒度者徒一年、越度者加一等、若已至關所、而未度者各減五等、越度有爭一等重也」元典章卷四十五刑部七指姦（男婦執謀姦姦）「舊例、即係強姦男婦未成者絞」なほ刑統賦解卷上「按賊盜律云、若有盜人財物、主知覺追捕、其盜者棄財逃去、因相拒趕、事有因緣、止坐拒捕之罪、不得作盜法科罪也」によると金律でも唐律と同様、盜が財物を盗んで財主に追捕せられ、財物を棄て逃げた場合に、捕縛を拒むことがあると、盜法によつては刑を科することなく拒捕の罪に生ずるものとする。

②① 刑統賦解卷上「按名例云、若於祖父母父母處、隱咒求愛媚者、猶入七曰不孝之條、其令父母疾病者、從四曰惡逆謀殺科之」
刑統賦解卷下「按賊盜律云、諸有強盜、官司及鄰佑人等、知而不即救助者徒一年、登時科罪、若檢校捕逐、有違者一日徒一年、經宿乃坐百刻爲一日也」

②② 刑統賦解卷上「按鬪訟律云、監臨之官、知所部內有犯法者、不即鞠問者、減罪人罪三等、糾彈之官准減二等」

②③ 刑統賦解卷下「按厩庫律云、故殺大功以上親畜產者、律條無罪、與主自殺同、既是非罪、亦倍償若坐又償以絕親之義、若畜產抵觸人、登時殺傷者、不坐賠償」。

第三節 犯罪の態様

イ 共犯 金の名例律では共犯に於いて、造意と隨從、即ち首と從とを別ち、從に對しては首より一等を減じた刑を科すること①、及び本條に於いてこれと異なる規定があるときはそれに従ふことゝなつてゐる。その異なる規定とは、例へば賊盜律に「夫を殺さんと謀るときは皆斬」とあれば、その場合は首從を分たす「皆斬」②本使を殺さんと謀るときも亦「首從を分たす」論決するのであり③、一般殺人罪の場合に就ては、賊盜律に「人を殺さんと謀るときは徒三年、人を殺すときは首たる者は斬、從にして加功するものは絞、加工せざる者は徒五年（唐律では流三千里）」とあれば、殺人の共謀は同罪、殺人の結果があつたときは共犯に首と從とを分つと同時に、その從にも加工と不加工とを區別し、加工は首より刑一等を下し、不加工は更に一等を減じた刑を科するものとしてゐる④。その唐律乃至宋刑統の殆ど踏襲たることは一見明瞭である。又、唐律と同様、金律にも所謂間接正犯にあたる場合の規定もあつた⑤。

ロ 累犯 累犯が刑の加重原因であつたことは、金律に於いても唐律と變りがなかつたらう。金史刑志には泰和律前の資料であるが、金大定年間の賭博罪の規定に累犯加重の例を見る⑥。

ハ 併合罪 犯罪競合、即ち二罪以上俱發の場合には科刑上の重い刑によつて軽い刑が吸収され、重い刑と軽い刑とを併科することはない。即ち併科主義によらずして吸収主義をとることは、支那律古來の傳統であつた。金律に於いても、唐律等と同じく重い刑によつて軽い刑の吸収されること（吸収主義）を認めてゐる⑦。従つて、數罪の内一罪が既に處斷された後、餘罪が發見された場合には、その餘罪が處斷を経た罪より軽いか等しいとき

には刑の累科を行はず、たゞ重いときに限り、前罪の刑と通計して後罪の刑の限度に於いて刑を科するのである⑧。尤もこの法律が適用されるのは、罪の發覺前の數罪だけであつて、發覺後に犯した罪は、こゝに所謂餘罪ではなく、それに就ては別な法律が適用せられ、この場合には刑の累科が行はれるのである⑨。そしてこれらも共に、唐金律の一致した主義であつた。

① 共同行為者が家族であり、又、官吏と人民である場合の首從の分ち方は、他の場合と異なることが、唐律に規定されてゐるが、その點も亦金律（次掲）に踏襲されてゐる。刑統賦解卷上「按名例云、造意者爲首、隨從者減一等、其有凡人與監臨主司共盜官物、雖凡人造意、仍以臨主爲首、凡人以常從論減一^{一作}等」刑統賦解卷上「按名例云、家人共犯、止坐家長、謂犯鹽酒麴之類、其同謀共毆傷人者、依鬪訟律依凡首從科之、不獨坐尊長也」刑統賦解卷下（前節註③所引の名例賊盜兩律參照）。同謀共毆の場合の首從のきめ方（次掲）も唐律に同じ。刑統賦解卷下「按名例云、凡有共犯者、造意爲首、隨從者減一等、造意雖不行、仍爲首也、其同謀共毆人者、按鬪訟律云、以下手重者爲重罪元謀者減一等、從者又減一等、其事不可分者、以初鬪者爲重罪、若亂鬪毆不知先後、以後下手者爲重也」。

② 元典章章卷四十二刑部四（前節註⑧參照）。「皆斬」とは首從を分たす皆斬の意味。

③ 秋潤先生大全文集卷八十六烏臺筆補（彈周咬兒羅魏子等事狀）「又驅奴孫佛寶、并妻魏子、於淇州郭家店內、同謀親手將本使王二殺死、……自合依奉詔條、准酌舊例、不分首從論決、却將羅魏子、止同雜犯決訖四十七下、分付本家收管」。

④ 刑統賦解卷下（前節註③所引賊盜律參照）。唐賊盜律疏によると「加工」とは、直接手を下して殺さなくても、被害者の逃げるのを妨害する如き行爲をいふ。

⑤ 刑統賦解卷下（前節註①所引の名例律參照）。

⑥ 金史卷四十五刑志「（大定）八年制、品官犯賭博法、贓不滿五十貫者、其法杖聽贖、再犯者杖之」參照。なほ次掲は居役中の再犯の場合である。刑統賦解卷上一解曰、若徒人居役再犯徒者、徒加杖制、徒一年加杖一百二十、徒一年半加杖一百四十、徒二年加杖一百六十、徒三年加杖二百徒二百、徒四年亦加二百」。

- ⑦ 刑統賦解卷上「按名例云、諸犯二罪以上俱發、以重者論、罪等者從一。若一罪先發、已經論決、餘罪後發、其輕若等則勿論、重者更論之、通計前罪、以充後數、若罪犯不等者、則以重賊併滿輕賊各倍論、假有人犯枉法贓四貫合徒一年、又犯不枉法贓一十四貫亦合徒一年、又犯受所監臨贓四十六貫亦合徒一年、又犯坐贓五十九貫亦合徒一年、即係四罪俱發、若從一斷責其所犯尤重、須將枉法不枉法受所監臨三贓並入坐贓、通爲一百二十三貫、倍爲六十一貫五百文、坐贓處徒一年半、其一事分爲二罪、假有監臨主司貿易官物五十貫二十五貫、是等准盜論、二十五貫是利以盜論、合從以盜論爲重也、若罪法不等者、則以重法、併滿輕法、依上倍論、若累併不加重者、止從一重科之」刑統賦解卷下「鬪訟律云、毆人者笞四十、傷人者杖六十、故毆人者加一等杖七十、到官指責不實、重其事、事發更爲、又上加罪、若是累加、依累加者、按名例云、重賊併滿輕賊、若累併不加重、罪止從一重科罪」元典章卷四十一刑部三惡逆（奴殺本使）「舊例、祖父母父母及夫爲人所殺、私和者徒四年、雖不私和、知殺期以上親、經三十日不告者減二等徒二年、二罪俱有從重者論」元典章卷四十四刑部六拳手傷（毆所屬吏人）「舊例、拒司縣以上吏者杖六十、毆者加二等、傷重加凡人鬪傷一等、又舊例、他物毆傷人者杖八十、二罪從重合杖九十」元典章卷五十刑部十二放火（放火燒死人）「舊例、以故殺傷人者斬（斬下、董氏本有罪字、元典章校補云衍）、二罪從重」元典章卷四十九刑部十一免刺（偷砍樹本免刺）「舊例、又傷人徒五年、准上加二等、合徒三年、二罪從重」なほ又傷の「徒五年」は唐鬪訟律には「徒二年」となつてゐる。元典章舊例の文意から見ても、舊例でも「徒二年」とすべきであらう。
- ⑧ 刑統賦解卷上（前註所引名例律參照）。
- ⑨ 刑統賦解卷下（前々註引鬪訟律云々參照）。

第四節 殊惡の犯罪

支那では由來、社會の基本的秩序に反する犯罪、根本的道德秩序を破る犯罪十種を擧げて十惡と稱し、十惡を犯す者に對しては重い刑を科するのみならず、王法の必誅するところ一切の宥恕減輕は拒否せられ、如何なる身分、如何なる材能、如何なる功績ある者に對しても、例外のないこととなつてゐる。それは北齊律に於いて然り、

唐律に於いて然り、而して金律に於いても亦然りであつた。そこには身分社會的秩序が色濃くあらはれてゐる。その十惡とは金律にあつても唐律と同様、謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不恭、不孝、不睦、不義及び内亂の十目である①。なほ右の内の大不恭は、唐律でいへば大不敬である。敬は宋の太祖の祖の諱であつた所から、唐律（疏議）の宋本乃至は宋刑統では、それを避けて大不恭とした②。金律の参考書は唐律の宋本か、宋刑統であつたのであらう。この十目は時代によつて多少の變化がないではなかつたが、元典章の場合でいふと十目の順序の最先は不孝（祖父母父母等に對する罪）、次では惡逆（同上）である。凡そ十惡は、大惡極まり王法の容れざる程の大罪であつて、俱に倫理に背くが故に特にその名目を律の首に掲げ、人をして警しめる所を知らしめるといふ論法③に従へば、元典章の場合では、謀反大逆よりも不孝惡逆を先に掲げて最も基本的な道德秩序の何たるかを示すと共に、その擁護の意圖を明らかにしたものとならう。尤も金律、乃至は元志の十惡の目と其の順序とは、唐律そのまゝである。十惡の列に入つてはゐないが祖父母父母に對する罪と並んで、歷代刑法が重視したものは主人に對する罪であつて④、金律でも唐律と傾向を等しくし、奴婢が主人を殺すときは斬⑤（最重刑）、姦するときは絞⑥（婦女を姦すれば徒五年）、罵つた場合でさへ絞刑を科する⑦。而して唐金律共に、子孫は父母に對しては原則として告訴の權は認められず、父母を訴へるときは絞刑に處すべきことゝなつてゐる⑧。唐律では奴婢が主人を訴へる場合も亦然りであつた。恐らく金律に於いても同様であつたらう⑨。金名例律にあつても、唐律同様に、親子伯姪等の親戚間、或は奴隸が主人の爲にその罪を隠すことが容隱されてゐる⑩。

① 秋澗先生大全文集卷八十七烏臺筆補（論重刑決不待時事狀）「舊例、決不待時、蓋所以待惡逆以上罪也」、「刑統賦解卷上（前節註②所引金名例律）、同卷下（前節註⑦所引の名例律）に見る十惡の目參照。又、刑統賦解卷下「按圖訟律云、毆伯叔父

母者徒三年、毆刺史亦徒三年、法雖一同毆伯叔入八曰不睦、毆刺史入十曰不義、是爭一等隆大也」刑統賦解卷下「按名例云、諸告親者、罪入八曰不睦之條、犯人同首法、告者當罪、其有親損家產、及欲侵害人命者、並許告、不在告親之例也」十惡を唐律によつて説明すると——一、謀反とは、社稷を危くせんと謀るをいふ、二、謀大逆とは宗廟山陵及び宮闕を毀たんと謀るをいふ、三、謀叛とは、國に背き僞に従ふ（本朝に背き蕃國に従ひ城を翻して僞に従ふの類）をいふ、四、惡逆とは、祖父母父母を毆る行爲、又それを殺さんと謀り、或は伯叔父母兄弟や夫等を殺すをいふ、五、不道とは、一家死罪に非ざる三人を殺し、人を支解し、蠱毒を造畜し、厭魅するをいふ、六、大不敬とは、大祀神御の物、乘輿服御の物を盗み、御寶を盗み及び偽造するの類をいふ、七、不孝とは、祖父母父母を告言し詛罵し（厭咒して愛媚を求めるのを含む）、祖父母父母あつて別籍異財し、若くは供養に關ける所のある類をいふ、八、不睦とは、總麻以上の親を殺さんと謀り、及び賣り、夫及び大功以上の尊長、小功尊屬を毆告するをいふ、九、不義とは、刺史など本屬長官、現に業を受けてゐる師を殺すの類をいふ、十、内亂とは、小功以上の親及び父祖の妾を姦し、及び共に和するをいふ。——才惡の内容は唐金律に於いては大體同様であつたと思ふ。金律逸文の範圍では、惡逆に父母の謀殺が入り、不孝に厭咒して愛媚を求めることが入り、不睦に伯叔等の毆告が入り、不義に刺史を毆ることが入つて居り、これらの點は唐律と全然同じである。

② 仁井田・牧野「故唐律疏議製作年代考」（下）（昭和六年十一月東方學會報東京第二冊一六五頁）。

③ 讀律存疑卷一名例上十惡。

④ 唐令では主人を殺害した奴隸は、惡逆以上と共に時季を選ばずして死刑を行ふ（拙著「唐令拾遺」昭和八年三月七六五頁）。又、元典章では奴殺主を惡逆に入れてゐる。

⑤ 元典章卷四十一刑部三惡逆（奴殺本使）「舊例。奴婢殺主者皆斬」。

⑥ 元典章卷四十一刑部三惡逆（奴殺本使）「舊例。奴姦主者絞、婦女減一等、合徒五年」。

⑦ 刑統賦解卷下（本章第一節註④所引の關訟律參照）。

⑧ 刑統賦解卷下「若告祖父母父母者絞、嫡繼姦養者減一等、若繼養殺其父、所養殺其本生者、並聽告」この規定は戸令に續けて記され、律の篇名が擧げてないが、金闕訟律と思はれる。

⑨ 元典章卷五十三刑部十五誣告（奴誣告主斷例）「舊例、奴婢應告主事、而誣告皆斬、本主求免者聽減一等」金律でも主人を誣告するときは斬。

⑩ 刑統賦解卷下「按名例云、諸同居大功以上親、及婚姻之家有罪、相爲容隱、小功以下減凡人三等、其漏泄其事、摘語消息、亦不坐、奴爲主隱、不爲奴隱、爲奴婢賤隸、不可縱容犯法也」刑統賦解卷上「按名例云、諸凡同居大功以上親、及婚姻之家有罪、相爲容隱」拙著「支那身分法史」（昭和十七年一月三一―二頁）。

第五節 刑罰の種類

イ 公刑と私刑 支那の舊律は原則として公刑主義を以て貫かれてゐる。科刑は國家的な公の刑罰權によつて行はれるのであつて、私人が私に刑罰を加へることは許されない所であつた。然しさればとて、全然私刑主義を容れる餘地なしとしたわけではない。私刑主義の一つのあらはれは——自己の實力救済の場合——復讐であつた。尤も支那では古くから公權力ある司法機關の裁判が行はれ、復讐の自由は歴代の刑法を通じて是認されてゐたわけではなく、たゞ或時代の法律即ち三國の魏律、北朝の周律、唐の後では元明の法律などにあつても、被害者の限られた血統、即ち子孫（ときには子弟）の復讐行爲にして、或る種の條件にかなつた場合に於いては罪なきものとした①。然し金律にあつては唐律と同様、子孫の復讐を認めた規定はなかつたようである。そして唐金兩律では（但し唐律では賊盜律に刑統賦解に見る金律では斷獄律②）共に、人を殺して赦に遇ひ死を免ぜられた場合にも被害者の遺族の復讐回避の爲、移郷することが命ぜられる。この避難場の制は勿論古く周禮に由來するものである。贖罪制度の内には復讐の變化した場合が考へられる。金の習俗にあつても賠償制は顯著である。然しこの種の贖罪制も亦金律の内には、金の舊俗の様に著しくは採用されてゐなかつたようである。たゞ過失殺傷の

場合には、金律でも唐律と同様、贖金を徴して被害者の家に入れることになつてゐた③。私刑主義の二は、祖父母父母は子孫に對し、夫は妻に對し、主人は奴隸に對し私的制裁を行ふことが認められてゐたことである。既に六朝時代の宋律では父母の教令に違反し、父母に對して不遜なる子を父母が殺すことを許してゐた。それは多少明確を缺いてはゐるが、私刑主義の一場合と見れないではない④。唐律では、教令に違反し供養を闕く子の處罰の爲には、徒二年を科するに止めてゐるが、親が子の生命を奪はざる限度に於いて子に制裁を加へることは、その傷害をも不問に附してゐた。六朝の宋律にあつても、かゝる子に對する傷害は同様に問題とされてはゐなかつたであらう。この點は金律も亦唐律の傳統を襲ふに過ぎないのであつて、教令に違ふ子に對しては傷害を加へても法の問ふ所でなく、殺した場合にも徒刑を科するに止めてゐる⑤。夫がその妻妾に對して懲戒を加へること自身には、唐律にあつても金律にあつても別段制限はない。但し唐律では之を殺傷した場合に於いて、その殺傷行為を可罰的なものとするに過ぎない。金律はこの唐律を踏襲すると同時に一步唐律の外に出て、夫の毆打が原因で妻妾がたま／＼死亡することがあつたとしても、妻妾にして毆打を加へられて然るべき罪を犯してゐる場合には、夫の行為を可罰的とはしない⑥。この點は、皇統新制に於いて、妻の毆打致死も夫が器物刀刃を使用したものでなければ刑を科せずとしたのは異なるが、共に唐律と差異のある點が注意せられる。前記金律に於いて、妻妾にして罪ある場合とは、恐らく妻妾の姦通の場合などが適例であらう⑦。元典章でも姦通せる妻妾を毆殺した事件に就て、この金律が援用されてゐる⑧。又、金律によると姦夫に對しては夫のみならず第三者も亦之を捕へて官司に送ることが許され、この場合、姦夫が杖を以て抵抗し、或は遁逃するに於いては、之を殺害しても差支ないことになつてゐる⑨。そしてこれまた元典章の援用する所であつた。尤も右に引かれた金律逸文では、單に姦夫

に對する場合であるが、唐律には「盜及強姦」の場合に就て同種の規定が設けられてゐた。支那で奴隸の主人に奴隸の制裁權を認めた由來は古かつた。文獻で知られる限りでは、既に秦漢時代にあつては官許を受けさへすれば、主人はその奴隸を殺すことが許された。それは晉代法でも同様であつた^⑩。唐律や宋刑統では、有罪部曲を懲戒せるに死に致せる場合は無罪とする。有罪奴婢についてもそれは勿論と思はれるが、有罪奴婢は官許があれば（或は官司に送つて）之を殺害することが許されてゐた。この様な奴隸に對する私刑制はその後、遼、金、元各代の法律にも明清律にも見出されるのである^⑪。金律の場合に就ていへば、奴隸に罪があつても官許を経ずして殺すときは杖一百、——即ち官許を経ればその殺害は差支ない、經ないで殺害しても杖一百に止まる。そして若し有罪奴隸を懲戒せるに、それが原因でその奴隸が死亡しても罰に問ふ所ではないとされた^⑫。

ロ 正刑と閏刑 支那舊來の刑法の刑には、一般人民に適用せられる刑罰の基本的な體系と、特定身分の者に限つて適用される特別的な體系との區別があつた。前者を正刑といへば後者は之を閏刑といひ得る。金律に於ける正刑は、笞（十至五十の五等）、杖（六十至百の五等）、徒（一年至五年の五等）、流（二千里至三千里の三等）、死（絞、斬の二等）の五種（五刑）、即ち身體刑、自由刑各二種と生命刑、そしてその外では贖罪の場合の財産刑が重なるものであつた^⑬。その點は唐律と大體は同様である。然しその差の重なる點は第一に唐律に比して贖銅の額を倍にした點である。そこには女眞固有の賠償制の影響もないではなからうが、物價との均衡が考へられたのであらう。女眞固有法の賠償はゲルマン部族法などの *Busse* と同様、もと血讐から變つて來た私刑的性質のものであつて、賠償は被害者に歸屬するのであるが、唐律などの贖は、實刑を科するに換へて定額の贖銅を官收するのであつて、*Busse* とはその性質を異にする。金律の場合も唐律と同様である。但し、唐金律にも過失殺傷や家

畜加害の場合の賠償制の様に、賠償を被害者に給付する *Private* 的のものが時にないではなかつた^⑭。差の重な點の二は徒刑の等級であつて、唐律の一年乃至三年の五等級は、金律では一年一年半二年半三年四年及び五年の七等級となつてゐる。金代にあつても遼代法と同様、刺字（入墨）の如き肉刑や、終身徒刑も行はれもしたが^⑮、（第二章第二節参照）これらは律の刑罰體系には加へられてゐない様であつて、生命刑も絞と斬の二等であり、遼や元代法にあらはれた極刑——凌遲處死も律に規定されることがなかつたらしい^⑯。

閹刑は僧道に對する特別刑以外では、官吏に對してのみ加へられる刑が重なものであつた。既に唐律その他にあつても、官爵を悉く除き——その身分を剝奪して——庶人の籍に入れ（除名）、或はその官を降し（官當）、以て徒流等の實刑を免れしめることが行はれた（共に一種の身分刑）。金律にあつても、この點は唐律の踏襲が見られるのであつて、十惡を犯し及び反逆緣坐、或は監臨内での姦盜略人、受財枉法は並に除名、且、赦に遇ふ場合と雖もまた除名となる^⑰。官吏の私罪の場合は、五品以上の官は一官を以て徒二年、九品以上の官は一官を以て徒一年に當て、公罪の場合は五品以上の官は一官を以て徒三年、九品以上の官は一官を以て徒二年に當てる^⑱。そして若し官を罪に當てるに罪輕くして餘裕の生じる場合には、その官に留めて贖を收めることを許し、反之、罪重くして官を當ても不足の生じる場合も亦その不足分については贖を收めることを許す^⑲。然し秦和律頒布前と同様、頒布後の事例によると、單に除名官當を以て徒刑を免れるに止まり、徒刑に併科された杖刑に就てまでは免れるのではなかつた^⑳。

① 拙著「支那身分法史」（昭和一七年一月八三六頁以下）。

② 刑統賦解卷下「斷獄律云、若殺人有敕原免移鄉千里、絕相犯也」唐賊盜律「諸殺人應死、會赦免者、移鄉千里外（疏議）

謂移鄉避讎」

③ 刑統賦解卷下「按開訟律云、戲殺人者、減開殺傷二等、過失殺人者、以收贖、若於祖父母父母處犯過失者、直徒五年、不從收贖、若戲殺者、從開殺尊長謀殺科之、子孫於祖父母父母處、當以恭敬、豈有嬉戲之理」又、刑統賦解卷下（本章第二節註③所引の過失殺參照）唐律は開訟律過失殺傷人條、部曲奴婢讐舊主條。

④ 拙著前掲八二〇頁以下。

⑤ 元典章卷四十二刑部四殺卑幼（淪死親女）「舊例、子孫違法令、而祖父非理毆死者徒一年」元典章卷四十二刑部四殺卑幼（帶酒殺無罪男）「舊例、子孫違犯教令、而祖父母父母刀殺者徒一年半、故殺者加一等」

⑥ 元典章卷四十二刑部四殺親屬（打死妻）（本章第二節註⑫所引の舊例）、卷四十二刑部四因姦殺人（打死犯姦妾）（本章第二節註⑫所引の舊例參照）。

⑦ 明清律の刑律（人命）では、妻妾が夫の祖父母父母を毆罵するに因つて、夫がその妻を官に告げずして殺したときは杖一百、（祖父母父母の親告をまつて乃ち坐す）。

⑧ 元史卷百四刑法志刑法三姦非にも「諸夫獲妻姦、妻拒捕殺之無罪」又「諸妻妾與人姦、夫於姦所殺其姦夫及其妻妾、及爲人妻殺其強姦之夫、並不坐、若於姦所殺其姦夫、而妻妾獲免、殺其妻妾、而姦夫獲免者、杖一百七」と見ゆ。

⑨ 元典章卷四十二刑部四因姦殺人（殺死姦夫）「舊例、和姦有夫婦人、雖傍人皆得捕擧、以送官司、而罪人持杖招捍其捕者格殺之、及走逐而殺者勿論」

⑩ 梁啓超「中國奴隸制度」（中華民國一四年一月清華學報第二卷第二期五四七頁）。

⑪ 遼代の場合では卷六十一刑法志「（統和）二年詔、若奴婢犯罪至死、聽送有司、其主無得專殺」拙著前掲九八一頁。

⑫ 元典章卷四十二部四殺奴婢娼倡（毆死有罪姪）「舊例、奴婢有罪、不精官司而殺者杖一百、無罪而殺者徒一年、若有愆罪決罰致死者勿論」拙著前掲九八一頁。

⑬ 唐律纂例「刑異五等、金泰和律奉〇〇休行者——管刑伍、一十贖銅二斤、二十贖銅四斤、三十贖銅六斤、四十贖銅八斤、五十贖銅十斤、杖刑伍、六十贖銅十二斤、七十贖銅十四斤、八十贖銅十六斤、九十贖銅十八斤、一百贖銅二十斤、徒刑

染、一年贖銅四十斤決杖六十加杖一百二十、一年半贖銅六十斤決杖六十加杖一百四十、二年贖銅八十斤決杖七十加杖一百八十、二年半贖銅一百斤決杖七十加杖一百八十、三年贖銅一百二十斤決杖八十加杖二百、四年贖銅一百六十斤決杖九十加杖二百、五年贖銅一百八十斤決杖一百加杖二百、流刑參、二千里贖銅一百六十斤配役一年、二千五百(里)贖銅一百八十斤配役一年、三千里贖銅二百斤配役一年、死刑貳絞斬贖銅二百四十斤」(沈寄簪先生遺書刑法總考四。泰和律施行後の絞刑例として次のものを擧げて置く。金史卷十四宣宗紀上「六月戊子詔、凡進奏帖、及申尙書省樞密院關應密大事、私發視者絞、誤者減二等、制書應密者如之」又、比徒の律として次のものを掲げる。刑統賦解卷下「按名例云、流二千里二千五百里比徒四年、流三千里比徒五年、是矜宥也、若無下供給糧飯欲求加杖者、律無准徒加杖之文也」又、次の金律によると、徒に處すべくして家に兼丁なきときは杖刑に換へる(換刑)。元典章卷四十四刑部六拳手傷、(嚴人)「舊例、諸犯徒應役、而家無兼丁者徒一年加杖一百二十不居作一等加二十、若徒年限內無兼丁者、總計應役日及應加杖數准折決放(謂如犯徒一年三百六十日、合杖一百二十、即是三十日、當杖十、若徒一年半五百四十日、合杖一百四十、即三十八日當杖十、若犯徒二年七百二十日、合杖一百六十、即四十五日當杖十、若犯徒二年半九百日、合杖一百八十、即五十日當杖十、若犯徒三年一千八十日、合杖二百、即五十四日當杖十、若犯徒三年半一千二百六十日、亦杖二百、即六十三日當杖十、若犯徒四年一千四百四十日、亦合杖二百、即七十二日當杖十)」

- ⑭ 刑統賦解卷下、元典章卷四十二刑部四過失殺(車碾死人)(本章第二節註③參照)。又、刑統賦解卷下(本章第二節註②所引の廐庫律)。この廐庫律と同時に家畜殺害の場合の一般的規定——賠償制——があつたことが考へられる。

- ⑮ 元典章卷四十九刑部十一免刺(偷砍樹木免刺)「舊例、以盜論者不在刺字之限」この資料を以て金律にも刺字の規定があつたときどうか研究問題として置きたい。右の文中の舊例は、大德年條に引かれてゐる。元典章に引かれる舊例がすべて金律であり、金律であつても、金律そのまゝに就ては吟味を要すること、牧野巽氏所述の如くである。殊にここに見る舊例の如く大德年代のものにあつてはなほ更である(第一章註④參照)。

- ⑯ 元典章卷四十二刑部四謀殺(因姦謀殺本夫)所引の舊例(本章第二節註⑮)でも夫を殺した妻は斬に處せられるに止まる。
- ⑰ 刑統賦解卷上「按名例云、若使普覃惠澤、非涉殊私、雨露平分、自依常^{一作恒}典、有官爵者除名、其有一人犯罪特旨原免、

官爵復故、即係聖慮所重、不同赦降之法也」又、卷下（本章十二節註⑦所引の名例律參照）。

⑬ 金史卷十五宣宗中「陝西行六部尙書楊貞、削五官累杖一百七十解職」を一例として挙げる。

⑭ 刑統賦解卷下（本章第二節註⑧所引の名例律參照）。

⑮ 註⑮參照。

第六節 刑罰の減免

イ 議・請・減・贖

唐律では八議（議親、議故、議賢、議能、議功、議貴、議勤、議賓）とて、天子皇后の親族や高官等が、十惡に非ざる罪を犯したときは、特別に詮議をなし、流罪以下は各々一等を減する特典が與へられ（即ち議）、八議の者の近親及び官吏とその親近が罪を犯せるときにも亦特別の詮議をなし（即ち請）、或はその刑を減じ（即ち減）、或は贖銅を納めしめて、以て實刑に換ふべき（即ち贖）規定があつた。金律にあつても、大體その踏襲が行はれてゐたものと思はれる。八議の制や刑の減輕に關する金律逸文も諸書に散見する①。

ロ 自首

支那舊法では古來累犯が刑罰加重原因であつたのに對して、自首は刑罰宥恕の原因となつてゐた。唐律も金律もその例に漏れなかつた。金律は唐律を踏襲して、犯罪の未だ發覺せざる以前に於いて自首するときは、全くその罪を宥恕するのである②。然も自ら訴へずして代人をして訴へしめ、或は相隱を許されてゐる者が告發した場合に於いても、亦自首と同じとせられる。但し兩律共に、關を越え、奴隸が良人を姦した場合の罪については、自首の例に在らずとし、金律は更に祖父母父母及び夫の喪服期間などの内にあつて、嫁娶するきも亦自首の例に在らずとする③。累犯が刑罰加重の原因となるのは、改過の實を示さざるが爲であり、自首が刑罰宥恕の原因となるのは、改過の實を示すものとされてゐるからである。

① 金史卷四十五刑志「興定元年八月、上謂宰臣曰、律有八議、今言者或謂應議之人、即當減等何如、宰臣對曰、凡議者、先條所坐及應議之狀、以請必議定、然後奏裁也、上然之」こゝに見る規定は金泰和名例律に基くと思はれる。唐名例律に比し多少差異があるが、それは金律の原文そのまゝが記されたのでないからであらう。刑統賦解卷上「按名例云、八議、謂親故賢能功勤貴賓、此謂八議、若雜犯犯死罪入義流罪以下減一等、其犯十惡者、不用此律、一曰議親、謂皇家祖免以上親、四世總麻之屬、五世祖免之親、二曰議故、謂天子故舊、三曰議賢、謂賢人君子、言行可爲世之法則者、四曰議能、謂鹽梅帝道師範人倫者、五曰議功、謂斬將奪旗摧鋒萬里、匡救報難能濟一時、俘虜執獻、六曰議勤、謂大將吏恪守居官、夙夜在公、遠使絕域、經涉一險難、七曰議貴、謂職事官二（二、唐律作三）品以上散官二品爵及一品者、八曰議賓、謂承代之後、可謂國賓者、若雖親故、居前賢能、居後是尊、聖朝親故之理、其國安危在於賢能矣」刑統賦解卷上「按名例云、稱加從重、減者從輕、二死同爲一減、按鬪訟律云、鬪毆人、入八者之議、若犯流罪者、先減一等、然後科之、是謂先減也、假如毆九品折支者、先定凡人故折支罪、然後計毆九品從品上加、是謂後加也」元典章卷十八戶部四嫁娶（夫自嫁妻）「舊例、七品以上犯流罪以下減一等、合徒一年半」

② 元典章卷五十刑部放火（父首子燒人房舍）「舊例、犯罪未發、而自首者、原其罪、正賊猶微如法」元典章卷四十一刑部三內亂（翁姦男婦已成）「舊例、若越度關、及姦並不（不字據元典章校補）在自首之例」刑統賦解卷下「按名例云、諸犯罪未發而自首者、原其罪、正賊猶微如法、知人欲告而自首者減二等、若遣人代首、於法相容隱者爲首、亦同罪人身自首法、被迫不起者、不合准首、其於人損傷、於物不可倍償、事發逃亡、越度關棧垣籬、私習天文、及姦、居祖父母父母夫服及居喪內嫁娶者、並不在自首之例」

③ 金史世宗紀卷七的大定十九年十月辛亥制「知情服內成親者、雖自首仍依律坐之」（沈寄蓀先生遺書刑法考律令七や楊鴻烈氏「中國法律發達史」下卷中華民國一九年一〇月六七八頁にも引用せらる）は、金律の「居祖父母父母夫服及居喪內嫁娶者、並今在自首之例」に照應する。金史に所謂律は唐律と思ふが、唐律に服內成親の自首に就て規定がなかつたので補充したのであらう。

第七節 法律の適用

金代法に於ける罪刑法定主義の原則については、刑法の淵源の問題として既に説いた所を参考せられたい。こゝではまづ刑法の對人的效力に就て述べよう。唐律によると、加害者及び被害者雙方が共に外國人であつて、然もその國を同じくする場合、即ち「化外の人、同類自ら相犯すときは其の本俗法（本國法）により」、雙方が國を異にする場合、即ち「異類相犯すときは法律（唐律）によつて其の罪を論ず」べきものとしてゐる。その一方が支那人である場合に就ては規定はないが、その法律（唐律）によるべきは勿論であらう。この屬人主義の原則は金律にも踏襲されてゐる。即ち金律遺文には「化外人」の語は見當らないが、「同類自ら相犯すときは、その本俗法、本國法に從ふ」とするものこれである①。尤も金律は金代の支配者たる女真人と同時に被支配者たる漢人に適用せられるのであつて、唐律の様に漢人中心の法規ではない。武溪集に見る契丹の刑法②にも屬人主義の原則があらはれてゐるが、然しこれでは、契丹人と漢人とに適用する法律が原則として異なる點で、前記の金律と異り、所謂「化外人」のみを直接規定の對稱としてゐない點で、唐律とも異なる。さて、金律は上記の様に女真人と同時に漢人に適用せられるが、然し金律内に於いても、女真人と漢人とはその適用すべき法律を各別に規定した場合のあつたことは注意すべきである。たとへば、（一）女真人に就ては、その祖父母父母の生前、子孫の別籍を許容してゐるが、漢人に就てはこれを認めない如き③、又、（二）女真人には死亡した有服兄弟の妻を娶ることに制限を加へてゐないのに反し、漢人と渤海人とに就てはこれを禁止する如きこれである④（第五章參照）。唐律といはず、支那舊來の刑法では、犯罪を抽象的に見ることなくして具體的に見た。又、概括的な取扱をしないで個別

的に取扱つた。又、その觀察が主觀的であるよりも客觀的であつた。金律も亦その例に漏れない。即ちまづ加害者及び被害者の身分に應じて格別に處罰規定を置いた點は、金律にも著しくあらはれてゐる。それは身分社會の秩序の特徴を示してゐる。その身分とは例へば、尊長と卑幼、夫と妻妾、主人と奴隸、一般人と他人の奴隸、或は上官と下僚、官吏と庶民などこれである。犯罪が身分の上のものに對してなされた場合にはその科刑は重く、身分の下の方に對してなされた場合には輕いのを原則とした。即ち同じく謀殺でも一般人に對するときは徒三年であるが、夫を殺さんと謀るときは造意も隨從も共に斬^⑤、同じく人を毆るときでも伯叔父母及び刺史縣令等を毆るときは徒三年、總麻兄弟を毆るときは杖一百、兄の妻を毆れば杖八十、夫の弟妹を毆れば杖六十に處せられる。然して一般人を毆つても笞四十に處せられるに止まるのであるから、伯叔は勿論夫の弟妹を毆つた場合には一般人の場合に比してその罪が重いわけである^⑥。これに對し、夫の妻妾毆打及び尊長の卑幼毆打は科罰的行爲ではない。唯、殺傷に至つてはじめて刑を科するが、科刑の程度も一般人殺傷の場合より輕減される。即ち凡人の毆殺は絞であるが、兄の子の毆殺は徒三年、子孫の婦の毆殺は徒二年（唐律三年）となつて居り、姦婦の毆殺については無罪とする規定まである^⑦。唐律もこの金律と同様の傾向を有し、條文上でも一致するものが多いがたゞ兄の妻を毆るときも夫の弟妹を毆るときも、共に一般人を毆つた場合より刑一等を加へるとする點、及び姦婦の毆殺を全然無罪とはしない點などに、或程度の差異がある。妻や卑幼を賣る行爲も凡人を賣るとは異つた處分を加へられること唐金律共に同様である^⑧。又、單純に親族間の尊卑長幼のみならず、その遠近も亦考慮される。同じく親族の財物を盜むときでも、總麻親のものを盜むときは金律では凡等より一等を、小功親のものゝときは二等を、大功親期親となれば夫々三等四等を減する^⑨。唐律とはその減等に差異はあるが、傾向は全く同じ

である。又、奴隸はその主人を罵つたゞけで絞刑に處せられる^⑩。主人を姦した場合も亦絞である。況んや主人を殺せるに至つては造意隨從皆斬刑に處せられる^⑪。唐律では主人を罵る奴隸は流であつて、多少金律と異なるが、主人と奴隸との間の秩序を嚴に刑法によつて保護せんとしてゐる態度に至つては、毫も差異があるわけではない。奴隸の主人に對する行爲に就ては、かく峻嚴な制裁規定があつたのに對して、主人の奴隸に對する姦に就てさへも法の問ふ所はなかつた。たゞ主人に非ざる一般人が他人の婢を姦せるときは杖九十に處せられるに止まる^⑫。金律でも唐律と同様、同種の犯罪でありながら、犯意、犯罪狀況等に従つて種類を立て科刑に差別をつけた。例へば同じく殺人でも、七つもその種類を立てた。謀殺、鬪殺、故殺、誤殺、戲殺、劫殺及び過失殺これである^⑬。關を越える罪にしても、私度と越度と冒度との三等があつた^⑭。又、唐律のみならず金律にあつても犯罪の方法(加害手段)が異なるにつれて處罰の方法を異にした。例へば單に人を手で毆打した場合には笞四十、手以外のもので毆打したときは杖六十、刀で傷けたときは徒五年(唐律では徒二年)に處する。そして蛇蝎蜂を以て人を螫害するときは、鬪毆に同じとする^⑮(唐律では他物を以て人を毆るの法を適用する)のであるし、物を以て人の耳鼻等に入れてその機能を妨害するときについても杖八十に處する^⑯。その加害手段を詳細に吟味し、それに對應して科刑に輕重を定めてゐる狀態實に思ふべしである。教令に違反する子孫を殺せる場合でも、毆殺ならば徒一年(唐律は徒一年半)、刀を以て殺せるときは徒一年半(唐律では二年)、故殺は一等を加へる^⑰。これまた右と同例である。次に犯罪の目的物の如何は刑の輕重に影響があつた。同じく盜でも唐律では、官文書印、甲弩、天尊像佛像、宮殿門符等を盜むときは夫々科刑を異にし亡失の罪についても官物か否かによつて科刑が區別せられた。金律にも亦同様の規定を見る。^⑱。而して殊に侵害の外形(實害の大小)を標準として刑罰に差別をつけ

てゐることは、唐金律に共に著しくあらはれてゐる。これを強竊盜罪の場合に就て見るに、一貫（唐律では一尺即ち絹一尺）を強盜するときは徒三年、十貫の強盜及び強盜致傷は絞、同じく致死は斬、竊盜は一貫（唐律では一尺）は杖六十、二貫（唐律では一匹）につき一等を加へ、十貫（唐律五匹）は徒一年、二十貫（唐律五匹）一等を加へ、百貫は徒五年（唐律五十匹加役流）とする^⑩。そして、受財枉法、監臨受財などについても唐金律に同例を見る^⑪。又、傷害罪の場合に就ても、他人を毆傷するときは杖六十、器物を以て毆傷し、或は毆打の爲に吐血する場合は刑を加重する^⑫。戸口脫漏罪の場合でも、漏戸と漏口とを區別し、同じく漏戸でも女戸と否とを分ち、同じく漏口でも課口たると否とによつて區別を立てゝゐる^⑬。侵害外の形に重きを置いて實害の大小と刑罰の輕重との均衡に注意すること頗る入念であり、極端と思はれる程である。唐律やそれを雛型とした金律は餘程進歩した刑法ではあるが、近代的刑法とはこの邊にまだ懸隔が残されてゐる。

① 元典章卷十八戸部四不收繼（姪兒不得收嫡母）「舊例、同類自相犯者、各從本俗法」元典章卷十八戸部四不收繼（漢兒人不得接續）「舊例、同類自相犯者、各從本俗法」なほ高麗法に於ける屬人主義は、高麗史刑法志及び黃周亮傳の「律文云、諸化外人、同類自相犯者、各依本俗法」（第二章第一節註⑥參照）。

② 若城久治郎氏は、その「遼代に於ける漢人と刑法に關する一考察」（昭和十三年八月滿蒙史論叢第一の九一頁以下）に於いて、武溪集（遼史拾遺卷十五所引）の「凡四姓（契丹・渤海・奚・漢人）本類自相犯者用本國法」を引いて「本國の法とは即ち律令及び契丹法に他ならず、而して此等は各本類同志間に於ける犯法者の治罪法だつたのである。契丹及び諸夷の法を假りに契丹法と呼べば遼國の人民は契丹法によるものと、律令によるものと二大別されるから、以下多く契丹と謂ひて同じく游牧の諸夷を含め、漢人と謂ひて同じく定住農耕の渤海人を含めて謂ふ。」といつて居られる。屬人主義の原則は遼史代法にも見られたことは注目すべきである。又、若城氏は武溪集（前掲）を引いて次の如くいはれる——東都事略、遼史刑法志等の記載によれば、前記の如き不平等處置は聖宗の時から廢止して、契丹・漢人間で相毆致死の場合には一様に漢

法によることになった。然し、これは文字通りに相毆致死の場合だけに限るものと解すべきではない。武溪集（遼史拾遺卷一五所引）に「凡四姓（契丹・渤海・奚・漢人）相犯、皆用漢法」とあるによれば、契丹・漢人間に起つた犯罪は一般に漢法によつて處斷せられたのである——と。この若城氏所引の資料は遼史拾遺卷十五北面軍官の條に「武溪集契丹官儀曰契丹司、……胡人東有渤海、西有奚、南有燕、北據其窟穴、四姓雜居、舊不通婚、謀臣韓紹芳獻議、乃許婚焉、衣服飲食言語、各從其俗、凡四姓相犯、皆用漢法、本類自相犯者、用本國法、故別立契丹司、以掌其獄」とあるものに基く。文中の「凡四姓云々本國法」の十九字は、唐名例律の「諸化外人同類自相犯者、各依本俗法、異類相犯者、以法律論」にあたる。契丹の刑法が「凡四姓」といつてそれに契丹人自らも含め、唐律の様に直接には單に「化外人」といはぬ所に法規の立て方に基本的な差異がある。

③ 拙著「支那身分法史」（昭和一七年一月三七六頁）。

④ 元典章卷十七戸部三分析（父母在許令支析）「唐律、祖父母父母、不得令子孫分另別籍、又舊例、女真人、其祖父母父母在日支析、及令子孫別籍者聽、又條、漢人不得令子孫別籍、其支析財產者聽、通制條格卷二戸令（親在分居）「舊例、祖父母父母不得令子孫別籍、其支析財產者聽」元典章卷十八戸部四婚禮（不繼收）「舊例、漢兒渤海、不在接續有服兄弟之限」。

⑤ 元典章卷四十二刑部四因姦殺人（本章第二節註⑬所引舊例）及び同上謀殺（本章第二節註⑭所引舊例參照）。

⑥ 刑統賦解卷上「鬪毆律云、毆制使府主刺史縣尹者徒三年、詈者減三等、餘條詈者准此、須親聞乃坐」刑統賦解卷下（本章四節註①所引鬪訟律參照）。刑統賦解卷下「按名例云、兄之妻豈不保尊長夫之弟妹亦非卑幼、按鬪訟律云、毆兄之妻者杖八十、若毆夫之弟妹者杖六十、彼此加罪於凡人也」刑統賦解卷下「按鬪訟律云、或總麻兄婦者杖一百、小功大功各遞加等、尊者又加、尊屬者伯叔父母姑也」刑統賦解卷下「按鬪訟律云、毆人答四十、傷及他物毆人杖六十、傷及內損吐血加二等、毆總麻兄婦杖一百、傷重加凡一等非止內損」。

⑦ 元典章卷四十二刑部四鬪殺（踢打致死）「舊例、鬪毆殺人者絞」元典章卷四十二刑部四殺親屬（打死婿）「舊例、若尊長毆卑幼折傷者、總麻減凡人一等、死者絞」元典章卷四十一刑部三不睦（打死姪）「舊例、即毆兄之子、死者徒三年」元典章卷四十二刑部四因姦殺人（打死犯姦妾）（本章第二節註⑬）參照。元典章卷四十二刑部四殺親屬（打死男婦）「舊例、即毆子

孫之婦、令廢疾者杖一百、死者徒二（二、唐律作三）年」。

- ⑧ 刑統賦解卷下「鬪訟律云、賣妻者、依賣卑幼周親同罪」これに對し唐律の賣妻法は賊盜律問答に「從凡人和略法」とあり（次章參照）。

- ⑨ 刑統賦解卷上「按賊盜律云、盜親屬財物者、若盜總麻親者、減凡一等、小功減二等、大功減三等、期年減四等、若有詐欺親屬財物者、與盜一體減也」。

- ⑩ 刑統賦解卷下（本章第一節註④所引の鬪訟律參照）。

- ⑪ 元典章卷四十一刑部三惡逆（本章第四節註⑤⑥所引の舊例參照）。

- ⑫ 元典章卷四十五刑部七奴婢相姦（奴婢相姦）「舊例、良人姦他人婢者杖九十、奴婢一同、又和姦本條、無婦人罪名與男子同」。

- ⑬ 元典章卷四十二刑部四戲殺（船邊作戲淹死）「舊例、戲殺傷人者、減鬪殺傷二等、謂以力共戲而致死傷者、雖和（和字、據元典章校補）以及若乘高履危及（及字、唐律无）入水中、以故燒（燒字、唐律作相殺）傷者准減一等」又、刑統賦解卷下（本章第二節註③第五節註③參照）。

- ⑭ 刑統賦解卷下「按衛禁律云、度關三等、私度越度冒度、若私度越度不從首原冒度之罪、合從首原謂有文引」又、刑統賦解卷下（本章第二節註⑩所引衛禁律）。

- ⑮ 刑統賦解卷上「按鬪訟律云、毆人者答四十、傷及毆以他物者杖六十、傷者杖八十、皆從鬪毆、已後驗傷輕重科罪、其發言欲擊、未曾毆者無罪、雖常言亦無罪」刑統賦解卷下「按鬪訟律云、諸鬪毆人者答四十、傷人者杖六十、若用蛇蝎蜂螫害人者、同鬪毆法、按詐僞律云、用藥不如本方、致令傷人者、醫工同鬪殺傷科罪」又、刑統賦解卷下（註⑥所引鬪訟律參照）。刑統賦解卷上「按鬪訟律云、鬪毆人者答四十」刑統賦解卷下「按鬪訟律云、拳手毆人者答四十、他物毆人者杖八十、傷者杖八十、若拳手毆人內損吐血者亦杖八十、是手足法齊於他物也」元典章卷四十四刑部六拳手傷（毆人）「舊例、拳手毆人不傷答四十、傷人杖六十、後下手理直者減二等、他物不傷者杖六十」又、元典章同上（毆所屬吏人）（本章第三節註⑦所引舊例）。
- ⑯ 刑統賦解卷上「按賊盜律云、若以物置人耳鼻及孔竅中、有所妨礙者杖八十、其故屏去人飲食衣服之類、可以殺傷者、以鬪

殺傷論之」。

①⑦ 元典章卷四十二刑部四殺卑幼（本章第五節註⑥所引の舊例參照）。

①⑧ 刑統賦解卷上「按雜律云、亡失官司器物者坐罪、亡失私家器物者償而不坐」刑統賦解卷下（本章第一節註④所引の賊盜律參照）。

刑統賦解卷上「按擅興律云、私有軍器者徒一年半、半謂弓箭刀若甲全付者絞、若更造者私有罪上加一等也」武器私有罪にしても武器の種類によつて科刑を異にした。刑統賦解卷下「按廐庫律云、諸殺官司牛馬者徒一年半、各令倍償、若誤殺者、律條無罪、償其減價爲非故也」牛馬を殺せる場合に就ても特に規定があり、それが官牛馬のときは徒一年半。

①⑨ 刑統賦解卷上「按賊盜律云、竊盜者、潛形隱面、而取財者、一貫杖六十、二貫加一等、十貫徒一年、若因買賣、乃不見物主、公然竊取者、與盜不別也」又、刑統賦解卷下（本章第二節註⑩賊盜律參照）。刑統賦解卷上「按賊盜律云、強盜者、以威力劫取其財、一貫徒二年、十貫及傷人者絞、若因盜姦人、亦同傷人之坐、同行人止依本律、若用藥於茶酒內或飲食內、使人迷昏、而取其財者、從強盜法、死者加一等」元典章卷四十九刑部十一免刺（偷砍樹木免刺）「舊例、諸以盜論者、

（貫下、董氏本有該字、元典章校補云衍）杖六十、五貫（貫字、據元典章校補）加二等、計贓二十一貫合杖八十（十下董氏本有下字、元典章校補云衍）刑統賦解卷下「按雜律云、諸燒官府廨舍私家房屋一作、及積聚之物者、同強盜法、三貫以上徒四年、十貫以上及傷人者絞、其對主故放燒非積聚之物者、只同棄毀他人物、准盜科罪、一貫杖六十、五貫加一等、罪止徒四年」刑統賦解卷下「按名例云、盜聚財者併贓論罪、其盜馬匹有馬跟隨來者、不合併計、偷母子併計也」馬の母子を偷むときは、共に科刑の場合に併計せられる。なほ母馬を偷んでその馬が生んだ子馬は原主に返させる規定があるから附記する。刑統賦解卷上「按名例云、凡有偷母子馬牛等畜產者、後有駒犢、事發到官、隨母俱合還主、其有盜人財物放債、出舉得利、既非蕃息、止徵元數也」。

②⑩ 刑統賦解卷上「按職制律云、枉法受財者八十貫絞、若於二人處、各受財四十貫、須從罪等從一、其於一人處兩次、受財四十貫、若四十貫先發、已經論決、其四十貫後發、還須累論併、其取前贓、通爲八十貫、斷作絞刑、不同頻犯併倍之法也」刑統賦解卷下「按名例云、監臨之官、於部內借取丁夫雜匠、及借車馬之屬、計庸以受所監財物論、假有借雜匠四人、一日各工錢鈔五百文、計二貫文、使訖一十日計該二十貫文、男子一日爲錢三百文、婦人二百文、老小減半、借車馬之屬、計庸

以受所監臨財物論科罪、一貫笞四十五貫加一等、二百五十貫徒四年、若占邸舍磳碾舟船之類、計賃亦依上贓計數科罪、其贓元非正物、經赦不徵也」刑統賦解卷下「按職制律云、枉法受財八十貫者絞、其有受財不枉法、以酒果之類請求、卻枉法、物雖重輕於情也、若枉法殺人、不問財物多少、並如殺人論之」刑統賦解卷下「按職制律云、貨監臨財物者、一等加罪用强者加三等、餘條強者准此、戶婚律云、監臨之官、娶部民爲妻者、加徒一年、強者加一等、卻無二等之加」拙著前掲五六八頁。刑統賦解卷下「按職制律云、監臨官乞取部民財物者、以受所監臨財物論、一貫笞四十、罪止徒四年、親故同僚交往無罪」。

②① 註⑮參照。

②② 刑統賦解卷下「按戶婚律云、諸漏戶者家長徒二年、漏口者杖九十、有課役者減三等、女戶又減三等、若役在官而全戶不坐 upper 者從漏口法、謂見在官出無意也」又、貢舉に關する罪でも、刑統賦解卷下「一部律內、並無失減之文、惟於職制律貢舉條內云、若濫放一人及第者徒一年、失者減三等、餘失者准此、其有軍務急速、以致陷城池者、雖失不在減例也」其の他亡囚についても日數を數へて刑を科する。刑統賦解卷下「捕亡律云、徒囚亡者、一日笞三十、罪止徒五年、若在禁內亡者流二千里」。

第五章 泰和律の特質

私は前章に於いて唐金兩律の主義原則上その差に乏しいことを説いた。然し、私はさればとて金律を以て個性のない法律と見るものではない。さすがに、十九世紀の世界刑法に伍せしめてさへ遜色なしといはれる程の、唐律の主義原則以上に金律が出ることは、至難であつたらう。それは後世の明律及び清律に就てもいへることである。たゞ金律の唐律に對する差異は、唐律と明清律との差異と同じく、通則的規定にあるよりは、主として各則的規定即ち犯罪構成要件とこれに對する科刑の限度を定めた各條にあるものといへる。金泰和律は唐律に對して著しく削改増補を行ひ、總條數に於いて唐律より六十餘條の増加を見たものといはれるから、徒刑に於ける等級

の變更、贖銅の倍加等の通則の外、各則的規定に於いて餘程多くの變化があつたと思はれるのである。今、その變化の例は後に第一表及び第二表で表示するが、その第一表についてこれを概括的にいへば、科刑の標準として贓物の額を計算するのに、唐律では絹即ち疋を以てしたが、金律では錢即ち貫を以てし①、唐律にあつた部曲制は削除され、部曲の規定は全部退場し②、條文の位置の入れ替へ③が行はれると共に、賣妻條（唐律には賊盜律問答、金律では鬪訟律に定めらる）等の條文の新定が行はれ、強姦等に就てはその科刑を重くし、脫漏戸口等に就ては之を輕くした狀態が見られる。而して――表に示された範圍のみからいへば――身分差（上下）による處分の差別は、金律にあつては唐律よりも大きくつけられてゐる④。たとへば、奴婢が主人を罵り、兄の妻や夫の弟妹を殴つた場合の處分はこれを重くし、父母や夫の喪服期間中に於いて嫁娶した場合の刑罰は自首原免の外に置き、反之、教令に違反する子孫を殺害した場合、及び親屬の財物を盗んだ場合に就ては處分を輕くし、殊に姦婦を毆殺した夫に處分を加へないことになつてゐる⑤。

〔第一表〕

徒 刑 法	唐 律 宋 刑 統 五等、自一年至三年	金 律 七等、自一年決杖六十加杖百二十、至五年決杖一百加杖二百
贖 銅 法	自一斤至百二十斤	自二斤至二百四十斤
計 贓 法	(絹を以てす)	(錢を以てす)
部 曲 法	(規定あり)	(削除)
八 議 議 居祖父母父母夫服及居喪內嫁娶不在自首之例	六曰議貴七曰議勤 (規定なし)	六曰議勤七曰議貴 (規定あり)⑥

官人與部民對訟無罪猶解職

監臨之官委部民

脫戶(漏戶)

脫口(漏口)

共犯殺人、首從

殺人會赦移鄉

盜總麻親財物

盜小功親財物

盜大功親財物

盜期親財物

賣妻

奴婢嘗主

妻有罪(例へば姦婦)而夫依理毆殺無罪

子孫違反教令、祖父母父母、毆殺

子孫違反教令、祖父母父母、刃殺

毆兄之妻

毆夫之弟妹

誤殺祖父母父母

有強盜官司不救助

有強盜鄰佑人不救助

強姦有夫婦人

強姦無夫婦人

(規定なし)

爲妾杖一百

徒三年

一人徒一年

從にして不加功、流三千里

〔賊盜律〕

減凡盜一等

減凡盜二等

減凡盜三等

從凡人和略之法〔賊盜律問答〕

流

(規定なし)

徒一年半

徒二年

各加凡人一等

〔鬪訟律問答〕

徒一年〔捕亡律〕

杖一百〔捕亡律〕

徒二年半

徒二年

(規定あり)⑦

爲妻加徒一年

徒二年

杖九十

從にして不加功、徒五年

〔斷獄律〕

減凡盜一等⑧

減凡盜二等

減凡盜三等

減凡盜四等

依賈卑幼周親同罪〔鬪訟律本文〕

絞⑨

(規定あり)

徒一年⑩

徒一年半

杖八十

杖六十

〔鬪訟律本文〕

徒一年

徒一年〔賊盜律〕

絞⑪

流三千里⑫

以上の外、兩律の差異を細大漏らさず挙げようとすれば、今日に傳はる金律の逸文の範圍からだけでも、容易になほ多數の例を示し得るのである。然し實はこれら金律の特異點でさへ、支那法としては必ずしも異質的なもの

のではない。金律に於いて部曲制が全く削除されたといつても、唐律に見る如き部曲制は次第に變化を辿つて行つたものゝ如く^⑬、金律では贓物を量るに絹を以てせずして錢を以てしたといつても、これまた宋代法では既に宋初から實現せられてゐた^⑭。或は姦淫（強姦）罪を唐律より重科として扱ふことには、女眞的固有法意識の反映があるかも知れないが、これとて官民對訟條と同様に、支那風の考へ方からしてそれ程突飛なものではない。子孫の婦に對する姦の如き、金律にあつても依然唐律と同じく絞であり^⑮、有夫の婦の和姦も、兩律共に徒二年としてゐる^⑯。（明清律でも夫とあると否とを問はず金律と同じく強姦は絞とする。）而して身分差による處分の差別が、金律に於いてより大きくつけられてゐるといつても、それまた五十歩百歩の論である。然し、たゞこゝに各則的規定の内にあつて、異質の條文のあるのを看過できない。それは第二表に示す様に、別籍異財（分家分財）について女眞人と漢人とに適用すべき律が各別に定められ、條文の二本立が見られたことこれである^⑰。女眞人に適用ある律に於いては父祖の生前別籍即ち分家を禁止せず（勿論分財も亦許容されたのであらう）、反之、漢人に適用する律にあつては、支那傳來の法に従つて別籍を禁止し、許すのはたゞ分財の範圍に止めてゐる。又、これと同様のことが、婚姻法に就ても見られる。即ち漢人及び渤海人に對してのみは、女眞人に對すると異つて、死んだ有服兄弟の妻を娶ること即ち所謂 *Levirate* を禁止してゐる^⑱。これは令の規定かも知れないが、いづれにしてもそれが禁止的規定であることは疑ない。尤も金大定中、漢人及び渤海人に *Levirate* を許容した場合がないではなかつた^⑲。

〔第二表〕

祖父母父母在、而子孫別籍

唐律 宋刑統

別籍徒三年、祖父母父母令別籍徒二年

金律

女眞人別籍者聽、漢人不得別籍

嘗爲親屬之妻、而嫁娶

嘗爲祖免親之妻、而嫁娶者杖一百云々、
小功以上、以姦論

漢兒渤海、不在接續有服兄弟之限

この第二表に示す兩條は、女真人に對し漢人等と同一法を押し附けるのが明らかに無理な爲に、女真人の爲には女眞固有法に基いて、特に女眞法を定めたのであらう。かの元代婚姻法の如き、蒙古人色目人と漢人とは適用すべき法律を異にした——蒙古人には妻ありて更に妻を娶ること亡兄弟の妻を娶ることが許される——のみならず^②、諸民族は夫々その土俗法（本俗法）に従ふことが許容され、當時統一的な婚姻法はもたなかつた。もし統一法といふべきものを強いていへば、「各本俗法に従ふべし」とする點にあつた。凡そ身分法はその國民の習俗と傳統とによつて各々固有であること獨り女真人や蒙古人の場合に止まらない。異國の法律體系のうちでも、それが支障なくして受容られる部門と然らざる部門とがあるが、身分法は殊更受容の阻止され勝な法領域である。前各章各節に述べた様に、支那法の獨占的支配に委ねられた金律の内にあつてさへ、女真人の固有法的意思が全的に亡んでしまつてゐたわけでないことは、法史を考へる上から忘れてはならない。金律の全篇を佚してゐる今日、その全篇に就ての検討は至難であるが、或は他にも同種の問題があつたかも知れない^③。

① 第一章註④參照。

② 拙著「支那身分法史」（昭和十七年一月八七五頁）。

③ 刑統賦解所引の金律には、後記の表に見る様に、唐律にあつては賊盜律又は捕亡律にありとする條文が、斷獄律又は賊盜律にありとされ、それを肯定しても不自然とは思はれないが、刑統賦解卷下に於いて名例律とする條文「名例云。監、臨之官、於部內、借取丁夫雜匠、及借車馬之屬、計庸以受所監財物論、云々」は唐律の如く職制律とすべきであらう。又、卷上に「名例云。本屬者、監臨之官、本部者、都軍軍使司獄之類、止管一身也、若嚴監臨父母妻子者徒一年、若嚴本部者杖一

百、謂止管一身故也、諸監臨之官、統攝一郡人民家口、以此尊於本部官也」とあるが、これもその全文が名例律といふのではなく「若殿監臨父母」以下は唐律の如く鬪訟律とすべきであらう。それは丁度、刑統賦解卷下に於いて鬪訟律と思はれるものが戸令に續いて記され、然も鬪訟律となきが如きものである。

④ 桑原博士「唐明律の比較」(支那法制史論叢一九九頁以下)に示された表を參考すると、明律では、身分差による處分の差別の程度は、唐律より大體は小さくなつてゐるが、奴隸が主人を罵詈し親屬財物の盜み、教令に違反する子孫を毆殺した場合に就ては、明律にも金律と同傾向の規定がある。

⑤ 以下表の内の資料としては、これまでに掲げた以外を注記するに止める。

⑥ 明律にも唐律と同様この規定なし。

⑦ 遣山先生文集卷二十一碑銘表誌碑(御史程君墓表)「哀宗時在春宮、遣醫藥官王子玉諭旨推問官程御史爲縣治行第一監察、又稱職有罪無罪勿爲留難、已而瑱伏誣告、君當還臺、在律、官人與部民對訟無罪猶解職、王風大理寺御史言天下事在所皆部民寬用是罷官、君泰然自處、都無已仕之慍、聚書深讀、蓋將終身焉」もしこの律が律令の律ならば、時代から見ても金泰和律と思へる。然しこの種の文獻に律といつても、法(法律)といふが如き表示であるかも知れず、その點に就ては今後更に研究を要する。唐律と同様、明律にもこの規定なし。

⑧ 明清律では盜無服親財物を減凡人一等とし、緦麻至期親に就ては減凡盜二等乃至五等に配當する。無服の規定の外は傾向として金律に等しい。

⑨ 明清律でも絞。

⑩ 明清律では杖一百。

⑪ ⑫ 元典章卷四十二刑部四因姦殺人(殺死盜姦姦婦姦夫)「舊例、強姦有夫婦人者絞」元典章卷四十五刑部七強姦(強姦無夫婦人)「舊例、強姦者絞、無夫婦者減一等」。

⑬ 拙著前掲。金史卷二太祖紀「今將問罪於遼、天地其鑒佑之、遂命諸將傳檄而誓曰、汝等同心盡力、有功者奴婢部曲爲良、庶人官之、先有官者叙進」金史卷三太宗紀(天會元年十一月)「己卯詔、女真人先有附於遼、今復虜獲者、悉從其所欲居而

復之、其奴婢部曲皆雖逃背、今能復歸者、並聽爲民。」この資料に見る様に、金代史料にも部曲とある例がないではない。遼金元代の部曲に就ては今後の研究にまつべきものが多い様に思ふ。遼金等の部曲に就ては、津田博士「遼の制度の二重體系」(大正七年二月滿鮮地理歴史報告書第五の一九七頁以下、二〇八、二二一頁等)、田村實造氏「遼代に於ける徒民政策と都市・州縣制の成立」(昭和十五年一月滿蒙史論叢第三の三頁以下)、村上正二氏「元朝に於ける投下の意義」(昭和十五年七月蒙古學報第一號、一七一頁以下)等参照。

- ⑭ 宋會要稿刑法三定賊罪「太祖建隆二年二月二十五日詔、自今犯竊盜、贓滿三貫文、坐死、不滿者節級科罪、其錢八十爲陌、先是、周廣順中勅、竊盜計贓絹三匹以上者死、絹以本處上估爲定、不滿者等第決斷、至是、以絹價不等、故有是詔」。

- ⑮ 元典章卷四十一刑部三內亂(翁姦男婦已成)「舊例、姦子孫之婦者絞」。

- ⑯ 元典章卷四十二刑部四因姦殺人(因姦殺人偶獲生免)「舊例、姦有夫婦人徒二年、又和姦本條無婦女罪名者、與男子同合徒二年」元典章卷四十二刑部四因姦殺人(打死定婚夫還活)「舊例、和姦有夫婦人徒二年」元典章卷四十二刑部四因姦殺人(殺死姦夫)「舊例、姦有夫婦人徒二年、婦人與同罪」元典章卷四十五刑部七和姦(和姦有夫婦人)「舊例、姦有夫婦人徒二年、決徒年杖七十、去衣受刑」。

- ⑰ 拙著前掲三七六頁以下。元典章卷十七戶部三分析(父母在許令支析)「舊例、女真人、其祖父母父母在日支析、及令子孫別籍者聽、又條、漢人不得令子孫別籍、其支析財產者聽」。

- ⑱ 元典章卷十八戶部四婚禮(不繼收)「舊例、漢兒渤海、不在接續有服兄弟之限」又、元典章の同じ場所に舊例を引いて云「舊例、姪男(男、董氏本作兒、今據元典章校補)娶訖婦母、即是欺親尊長爲婚、同姦法、各離」と見ゆ。これに照應する唐律は戸婚律「諸嘗爲祖免親之妻、而嫁娶者、各杖一百、緦麻及舅甥妻徒一年、小功以上、以姦論、妾各減二等、並離之」。
- ⑲ 金史卷六世宗紀に「(大定九年正月)丙戌制、漢人渤海兄弟之妻、服闋歸宗、以禮缺婚聽」(この資料は沈寄移先生遺書刑法考律令七にも出づ)とて、大定中、漢人渤海人の間にも *Levirate* を許容した法律も出た。それは金代のものだけに特に注意して可なりである。

- ⑳ 有高博士「元代の婚姻に關する法律の研究」(昭和一〇年一月東京文理科大学紀要第一〇卷)の九頁に於いて、通制條

格卷四戸令に「蒙古人不在此限」とあるのを舉げて「結婚につき主として漢族の爲に設けた種々の制限、以外に蒙古人を置いた」ことを述べられてゐる。更に同一九頁や三〇頁以下に於いて、元典章卷十八戸部四婚禮や通制條格（前掲）の「諸色人同類自相婚姻者、從本俗法、遞相婚姻者、以男爲主、蒙古人不在此限」元典章同上不繼收の「舊例、漢兒渤海、不在接續有服兄弟之限」及び元史刑法志戸婚門の「諸漢人南人、父沒子收其庶母、兄沒弟收其嫂者、禁之」等とあるのを舉げ、元代の蒙古人、色目人等は、その故土に於ては勿論、支那本部に入つて後も、漢人には許されぬ祖先傳来の結婚——亡父や亡兄弟亡伯叔の妻との結婚を平然と行つてゐたこと固より疑ひを容れないといはれ、又、「元初にも漢人や頗る漢化せる渤海人などに對しては兄弟の妻を收繼するを禁する原則はあつたらしいが、頓てこれが緩和されて漢人にも特別の場合は收繼を許すこととなつた様である。」とせらる。元代に於ける異族固有の法律の交錯とその互に反撥する状を見ることが出来る。なほ元典章所引前掲の「舊例」が金代法である以上、同様の問題を金代についても考へ得る理である。

②

泰和の戸令の家産分割法にあつては、支那の傳統たる諸子均分主義を破つて、子の母の身分（妻妾）を基準とする嫡庶異分主義を立ててゐる（拙著前掲四六六頁、七六六頁以下）。尤も支那にも嫡庶異分の慣習は絶無ではないが、同法の由來するところは、女眞固有法であるか否か問題を今後に残して置きたい。女眞人に對する分家分財法を以て女眞固有法とすることに就ても、なほ傍證を求めて確論の域に達する様にしたいが、この嫡庶異分主義に就ても十分検討の餘地が残されてゐる。（昭一八・一一・一〇）

〔追記〕山左金石志卷二十金石（大安三年七月東鎮廟禁約碑）の「又稱律節文内、應禁處所、而輒採伐拾貫以下杖六十、拾貫加一等、罪止徒一年」も、金律に於いて、實害の大小に従つて刑罰の輕重をはかり、兩者の均衡に注意されてゐた一例である。なほ唐律にはこれに相當する條文を見出さない。